Copyright Board Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur Canada

Collective Administration in relation to rights under sections 3, 15, 18 and 21

***Copyright Act*, ss. 66.51 and 70.15(1)**

File: Reprographic Reproduction, 2011-2013

INTERIM STATEMENT OF ROYALTIES TO BE COLLECTED BY ACCESS COPYRIGHT FOR THE REPROGRAPHIC REPRODUCTION, IN CANADA, OF WORKS IN ITS REPERTOIRE

(Post-Secondary Educational Institutions – 2011-2013)

DECISION OF THE BOARD
(Application to Vary: Academic Year)

Reasons delivered by:

Mr. Justice William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mrs. Jacinthe Théberge

Date of the Decision

June 28, 2011

Gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21

***Loi sur le droit d'auteur*, art. 66.51 et 70.15(1)**

Dossier : Reproduction par reprographie, 2011-2013

TARIF PROVISOIRE DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR ACCESS COPYRIGHT POUR LA REPRODUCTION PAR REPROGRAPHIE, AU CANADA, D'ŒUVRES DE SON RÉPERTOIRE

(Établissements d'enseignement postsecondaires – 2011-2013)

DÉCISION DE LA COMMISSION
(Demande de modification : année scolaire)

Motifs exprimés par :

M. le juge William J. Vancise
M[e] Claude Majeau
M[e] Jacinthe Théberge

Date de la décision

Le 28 juin 2011

Ottawa, June 28, 2011

File: Reprographic Reproduction, 2011-2013

Reasons for the decision

I. INTRODUCTION

[1] On December 23, 2010, the Board certified the *Access Copyright Interim Post-Secondary Educational Institution Tariff, 2011-2013*. The tariff was amended on April 7, 2011.

[2] Paragraph 14(a) of the interim tariff provides that:

> 14. An Institution shall pay to Access Copyright:
>
> (a) For all copies made pursuant to section 2(a) of this Tariff, an annual royalty calculated by multiplying the FTE by $3.58 for Institutions that signed the Proprietary College Licence, and by $3.38 for all other Institutions;

[3] The concept of FTE, or full-time equivalent student, is inherently linked to the academic year, from September 1 of one year to August 31 of the following year. The *Copyright Act*, on the other hand, provides that proposed tariffs must be filed for one or more calendar years.[1]

[4] The Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC), an objector to this tariff, has informed its members that, in its view, liability under the interim tariff is based on the academic year. Put another way, AUCC maintains that an institution can "opt out" of the tariff for an academic year by ensuring that it makes no copy requiring an Access licence during that period. Access maintains that the same is true, but for a calendar year.

Ottawa, le 28 juin 2011

Dossier : Reproduction par reprographie, 2011-2013

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

[1] Le 23 décembre 2010, la Commission homologuait le *Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013*. Le tarif a été modifié le 7 avril 2011.

[2] L'alinéa 14a) du tarif provisoire stipule que :

> 14. L'Établissement verse à Access Copyright les montants suivants :
>
> a) pour l'ensemble des copies faites en application de l'article 2 a) du tarif, une redevance annuelle calculée en multipliant l'ÉTP par 3,58 $ pour l'Établissement qui a signé la *Proprietary College Licence* et par 3,38 $ pour les autres Établissements;

[3] La notion d'ÉTP (élève à temps plein) est nécessairement liée à l'année scolaire, du 1er septembre d'une année civile au 31 août de l'année suivante. La *Loi sur le droit d'auteur*, par contre, stipule qu'un projet de tarif doit prévoir des périodes d'effet d'une ou plusieurs années civiles.[1]

[4] L'Association des universités et collèges du Canada (AUCC), qui s'oppose au présent tarif, a informé ses membres qu'à son avis, l'assujettissement au tarif provisoire est fonction de l'année scolaire. Autrement dit, elle soutient qu'un établissement peut choisir de ne pas se prévaloir du tarif pour une année scolaire en s'assurant de ne pas faire de copie nécessitant une licence d'Access pendant cette même année. Access soutient le même point de vue, mais à l'égard de l'année civile.

[5] The interim tariff does not address the issue. It says nothing about whether liability is triggered on a daily, monthly or annual basis. The fact that it sets an "annual royalty" implicitly means that liability is engaged for a year,[2] but it does not specify whether the academic year or calendar year should be used. Under the licences that governed the parties' business relations until the interim tariff came into effect, no ambiguity existed because the duration of the licence was linked to the academic year. The tariff, on the other hand, is based on the calendar year.

[6] On January 21, 2011, both AUCC and the Association of Canadian Community Colleges (ACCC) asked the Board to deal with the issue. In its April 7 decision modifying the interim tariff, the Board, having noted the ambiguity, agreed with Access that "for the time being, the only way to reflect the reality of the environment in which institutions are operating is for Access to invoice them according to the academic schedule and that section 15.1 already accomplishes this."[3]

[7] Access was not content with this decision. On May 17, 2011, it requested that the Board clarify that both the interim tariff and the royalties payable pursuant to it are linked to the calendar year and direct AUCC and ACCC to advise their members accordingly.

[8] Access argues that since the tariff must be certified for one or more calendar years, the determination of whether an institution is "in" or "out" should also be made for the calendar year. The objectors maintain that while proposed tariffs must be filed for one or more calendar years, final tariffs need not be aligned to the calendar year. There is no need to deal with these submissions by reason that what is relevant is not whether tariff liability must be for one or more calendar years but whether the liability under the tariff must be linked to the calendar year. Tariff liability is not necessarily linked to the calendar year, for example, tariff liability for the use of music is

[5] Le tarif provisoire ne traite pas de la question. Il ne stipule pas si l'assujettissement au tarif s'établit sur une base quotidienne, mensuelle ou annuelle. Le fait qu'il prévoit une « redevance annuelle » semble impliquer que l'assujettissement est annuel,[2] mais rien n'indique si c'est l'année scolaire ou civile qu'il faut utiliser. En vertu des licences qui régissaient les liens d'affaires entre les parties avant que le tarif provisoire prenne effet, la question ne se soulevait pas puisque la durée de la licence reflétait l'année scolaire. Le tarif, par contre, vise l'année civile.

[6] Le 21 janvier 2011, tant l'AUCC que l'Association des collèges communautaires du Canada (ACCC) demandaient à la Commission de trancher la question. Dans sa décision du 7 avril qui modifiait le tarif provisoire, la Commission, après avoir pris acte de l'ambiguïté, concluait comme Access que « pour l'instant, la seule façon de composer avec les exigences de l'environnement dans lequel opèrent les établissements est qu'ils soient facturés en fonction de l'année scolaire, ce que permet déjà l'article 15.1. »[3]

[7] Access n'était pas satisfaite de cette decision. Le 17 mai 2011, elle demandait que la Commission clarifie que le tarif provisoire comme les redevances payables en vertu de celui-ci sont liés à l'année civile et ordonne à l'AUCC et à l'ACCC d'aviser leurs membres en conséquence.

[8] Access prétend que comme un tarif doit être homologué pour une ou plusieurs années civiles, l'assujettissement d'un établissement devrait aussi être fonction de l'année civile. Les opposants soutiennent que si un projet de tarif doit être déposé à l'égard d'une ou plusieurs années civiles, le tarif homologué n'a pas à respecter cette règle. Nous n'avons pas à traiter de ces prétentions puisque ce qui est pertinent en l'espèce n'est pas si un tarif homologué doit viser une ou plusieurs années civiles, mais bien si l'assujettissement au tarif doit être fonction de l'année civile. Ce n'est pas nécessairement le cas. Par exemple, l'assujettissement aux tarifs pour l'utilisation de

linked to a variety of individual events (a reception or concert, the sale of a permanent download or blank CD) or time periods (a day for adult entertainment bars, a month for commercial radio and Internet streams). Indeed, the very tariff we are asked to amend provides that the digital licence option is exercised on a basis other than the calendar year. If Access was right, this would not be possible.

[9] Furthermore, Access' argument is relevant only if liability period and royalty calculations are necessarily linked and they are not. For example, royalty calculations for paper coursepacks are events based (the making of the copy). In the matter at hand, the tariff could provide that an institution is liable for a whole calendar year if it makes any use of the repertoire during that year, but that the royalties are calculated according to a formula that blends the FTE for both academic years within the calendar year (i.e. 2/3 of the rate × the January-August FTE + 1/3 of the rate × the September-December FTE).

[10] Access also argues that if liability is assessed based on the academic year, then the proposed tariff it filed for the years 2011 to 2013 must end on August 31, 2013 and Access must re-file in March, 2012 for a tariff starting September 1, 2013. We disagree. Again, even if a certified tariff must be valid for one or more calendar years, the payment formula and dates for opting in or out can be anything the Board decides.

[11] We considered all the arguments and submissions advanced by the objectors and in the end the only one relevant and applicable to the current application is that the *status quo* is maintained by aligning the interim tariff to the academic year.

musique, par exemple, est fonction de toutes sortes d'événements ponctuels (une réception ou un concert, la vente d'un téléchargement permanent ou d'un CD vierge) ou de périodes dans le temps (la journée pour les clubs de divertissement pour adultes, le mois pour la radio commerciale et les transmissions en continu sur Internet). Même le tarif qu'on nous demande de modifier prévoit que l'option de licence numérique s'exerce en fonction d'une période qui n'est pas l'année civile. Si Access avait raison, ce ne pourrait être le cas.

[9] Qui plus est, la prétention d'Access est pertinente uniquement si la période d'assujettissement et le calcul des redevances sont inexorablement liés, et ce n'est pas le cas. Aussi, le calcul des redevances pour les recueils de cours imprimés est fonction d'un événement (la confection d'une copie). Pour la question qui nous concerne, le tarif pourrait stipuler que l'assujettissement d'un établissement au tarif est fonction de l'année civile, mais que les redevances sont fonction des deux ÉTP de l'année civile (2/3 du taux × l'ÉTP de janvier à août + 1/3 du taux × l'ÉTP de septembre à décembre).

[10] Access soutient aussi que si l'assujettissement est fonction de l'année scolaire, le projet de tarif qu'elle a déposé pour 2011 à 2013 doit prendre fin le 31 août 2013, ce qui l'oblige à déposer en mars 2012 un nouveau projet prenant effet le 1er septembre 2013. Nous ne sommes pas d'accord. Encore une fois, même si la période d'effet d'un tarif homologué doit viser une ou plusieurs années civiles, la formule de paiement et les dates auxquelles il faut décider si on se prévaut ou non du tarif peuvent être fonction de ce que décide la Commission.

[11] Nous avons pris en compte toutes les prétentions et représentations offertes par les opposants. En bout de piste, le seul pertinent en l'espèce est que le statu quo est maintenu en harmonisant le tarif provisoire à l'année scolaire.

[12] We agree that the existing ambiguity should be addressed. In our opinion, the most efficient way to do so is to amend the interim tariff; any clarification short of an amendment will not provide the certainty the parties are seeking.

[13] The solution to the ambiguity should be informed by the principle that the interim tariff should reflect as much as possible the most recent agreements between the parties. These agreements applied for a full academic year. Therefore, for the purposes of the interim tariff, both liability and the amount of royalties should be determined on the basis of the academic year. To dovetail this approach with the application period of the interim tariff probably requires providing that for the periods from January 1 to August 31, 2011 and from September 1 to December 31, 2013, royalties payable are only a corresponding fraction of what is otherwise payable for a full year. This can be addressed through proper wording.

[14] We will amend the interim tariff to reflect the principles set out in the preceding paragraph starting January 1, 2011. However, rather than dictating the wording of the required amendments, we prefer that the General Counsel of the Board and the parties attempt to agree on such wording. The General Counsel of the Board shall report back to us no later than on **Friday, August 5, 2011**. We will remain seized of the matter until the wording of the required amendments is finalized.

[15] There is no need to require that AUCC or ACCC advise their members accordingly at this stage.

[16] Some could argue that some institutions may be tempted to "game" the interim tariff, for example by making all copies they need for an academic year during the preceding Summer. We feel no need to address the issue now, but wish to make two comments. First, the interim tariff does not definitely settle issues such as liability, what

[12] Nous pensons également qu'il faut résoudre l'ambiguïté qui existe. À notre avis, la façon la plus efficace d'y arriver est de modifier le tarif provisoire; l'éclaircissement qui prendrait une autre forme ne procurerait pas la certitude que recherchent les parties.

[13] La résolution de l'ambiguïté devrait s'appuyer sur le principe que le tarif provisoire devrait refléter le plus possible les ententes les plus récentes conclues entre les parties. Ces ententes visaient l'année scolaire entière. Par conséquent, aux fins du tarif provisoire, tant l'assujettissement au tarif que le montant des redevances devraient être fonction de l'année scolaire. L'harmonisation de ce principe avec la période d'effet du tarif provisoire exige sans doute une stipulation selon laquelle du 1er janvier au 31 août 2011 et du 1er septembre au 31 décembre 2013, le montant des redevances est une fraction équivalente de ce qui serait par ailleurs payable pour l'année complète. On peut y arriver en libellant à l'avenant.

[14] Nous modifierons le tarif provisoire de façon à refléter les principes énoncés dans le paragraphe précédent, et ce, à partir du 1er janvier 2011. Cela dit, plutôt que de dicter le libellé des modifications que cela exige, nous préférons que l'avocat général de la Commission et les parties tentent d'en convenir. L'avocat général de la Commission nous fera rapport au plus tard le **vendredi 5 août 2011**. Nous conserverons juridiction en l'espèce jusqu'à ce que le texte des modifications qui s'imposent soit arrêté.

[15] Point n'est besoin d'exiger que l'AUCC ou à ce stade l'ACCC avisent leurs membres à ce stade.

[16] Certains pourraient vouloir prétendre que des établissements pourraient chercher à tirer un avantage injuste du tarif provisoire, en faisant toutes les copies dont ils ont besoin pour l'année scolaire l'été précédent, par exemple. Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de traiter de la question à ce stade-ci, mais nous souhaitons offrir

triggers it or for how long it is triggered. Access put it well and succinctly by stating that "interpreting the Interim Tariff today as establishing an academic year-based royalty scheme is no guarantee that the Board will ultimately certify the final tariff based on an academic year."[4] The interim tariff *cannot* settle these issues once and for all: this would be unfair to the parties (who have yet to file their evidence and argument) and would illegally fetter the discretion of the panel that will be asked to set the final tariff. Second, attempts at "gaming" the interim tariff might be a relevant factor in setting a final tariff that is fair to both users and rights holders.

deux remarques. Premièrement, le tarif provisoire ne règle pas de façon définitive les questions telles l'assujettissement au tarif, ce qui le déclenche et pour combien de temps. Access l'a expliqué de façon claire et succincte : « [TRADUCTION] dire aujourd'hui que le tarif provisoire établit un régime de redevances fondé sur l'année scolaire n'assure pas qu'en bout de piste, la Commission homologuera un tarif fonction de l'année scolaire. »[4] Le tarif provisoire *ne peut pas* régler ces questions une fois pour toutes : cela serait injuste envers les parties (qui n'ont pas encore déposé leurs preuves ou prétentions) et contraindrait illégalement la discrétion de la formation appelée à homologuer le tarif définitif. Deuxièmement, chercher à tirer un avantage injuste du tarif provisoire pourrait être un facteur à prendre en compte dans l'établissement d'un tarif définitif équitable tant pour les utilisateurs que pour les titulaires de droits.

Le secrétaire général,

Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. In this case, *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 70.14, 67.1(3).

2. In some respects but not all: paragraph 14(b) sets royalties for paper coursepacks that are an amount in pennies per page copied.

3. *Interim Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire (Post-Secondary Educational Institutions – 2011-2013)*, Copyright Board Decision (April 7, 2011) at para. 12.

4. Access Copyright Letter to the Board, June 10, 2011 at p. 3.

NOTES

1. En l'espèce, *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 70.14, 67.1(3).

2. Sous certains aspects mais pas sous tous : l'alinéa 14b) établit les redevances pour les recueils de cours imprimés à un montant de cents par page copiée.

3. *Tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire (Établissements d'enseignement postsecondaires – 2011-2013)*, Décision de la Commission du droit d'auteur (7 avril 2011) au para. 12.

4. Lettre d'Access Copyright à la Commission, 10 juin 2011 à la p. 3.